
Las chispas desprendidas de un brasero deficiente. Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho argentino

The sparks detached from a deficient brazier.
A brief history of the non-contractual liability
of the state in Argentine law

As faíscas se desprenderam de um braseiro
deficiente. Um breve histórico da responsabilidade
extracontratual do Estado na lei argentina

Les étincelles d'un feu déficient: Une breve histoire
de la responsabilité extracontractuelle de l'État dans
le droit argentin

*José Ignacio López*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 33-53

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e172>

ORCID: 0000-0002-2836-8697

Recibido: 17/07/2018

Recibido con modificaciones: 28/08/2018

Aprobado: 01/09/2018

Resumen: El presente trabajo se propone servir de auxilio a la enseñanza básica de la responsabilidad del Estado en el derecho argentino. A tales fines, consiste en una breve reseña histórica de sus orígenes hasta el presente. Desde los primeros precedentes judiciales hasta la consagración legal.

¹ Abogado (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP. Director del portal jurídico "Palabras del Derecho" y Editor Asociado de la Revista Derechos en Acción.

Palabras claves: Responsabilidad del Estado. Derecho Administrativo. Argentina.

Abstract: The present work intends to serve as a help to the basic teaching of the responsibility of the State in Argentine law. For these purposes, consists of a brief history from its origins to the present. Since the first judicial precedents to legal consecration.

Keywords: Responsibility of the State. Administrative law. Argentina.

Resumo: O presente trabalho destina-se a ajudar o ensino básico da responsabilidade do Estado no direito argentino. Para tais fins, consiste em uma breve revisão histórica de suas origens até o presente. Dos primeiros precedentes judiciais à consagração legal.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Direito Administrativo. Argentina.

Résumé: Le présent travail vise à faciliter l'enseignement basique de la responsabilité de l'État dans le droit argentin. Il s'agit d'une brève revue historique de ses origines jusqu'au présent. Des les premières précédents judiciaires jusqu'à son consécration dans les textes legales.

Mot-clés: Responsabilité de l'État - Droit administratif - Argentine

I. Introducción

La responsabilidad del Estado constituye uno de los tópicos más trascendentes que se abordan en las cátedras de derecho administrativo de nuestras universidades. Su estudio requiere acudir a la historia para obtener una visión panorámica del desarrollo que permita comprender cabalmente al instituto.

En ese sentido, este texto se propone brindar un breve recorrido histórico a efectos de dar cuenta de la extensa evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional en el derecho argentino y servir de auxilio básico en la tarea de examinar esta especial temática.

Dos advertencias cabe formular antes de comenzar este recorrido. La primera que habrá de tenerse en cuenta es que la

responsabilidad contractual del Estado Nacional nunca estuvo en cuestión y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde su primera composición, así lo afirmó². La segunda es diferenciar la situación de la responsabilidad del Estado Nacional –que es la que analizaremos aquí– con la responsabilidad de los estados provinciales dado que, desde sus inicios, no tuvieron dudas sobre la demandabilidad de ellos³.

Dicho esto, abordaremos el desarrollo de responsabilidad extracontractual del Estado Nacional en el derecho argentino⁴.

II. Las etapas del desarrollo histórico del instituto

Desde el dogma de la irresponsabilidad hasta el reconocimiento de la responsabilidad Estatal operó un largo transcurso que se puede dividir en etapas para su mejor comprensión.

II. a. Primera etapa: la irresponsabilidad del Estado

En los albores de nuestro orden constitucional la regla imperante era la irresponsabilidad del Estado anudada a la

² El máximo tribunal se pronunció en 1864 en la causa “Bates Stokes y Compañía” (Fallos 1:259). Allí reconoció la responsabilidad contractual del Estado por las obligaciones asumidas por la Aduana Nacional en razón del depósito de mercaderías que había efectuado la actora en las instalaciones de aquella debido a las averías sufridas por la inundación de los locales donde se encontraban las mercaderías.

³ Diversas provincias, en sus constituciones, consagraron previsiones en cuanto a la demandabilidad y consecuente responsabilidad de aquellas jurisdicciones. En ese sentido, por ejemplo, la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854 –separada de la Confederación– establecía en su artículo 129: “*las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el Gobierno, serán juzgadas por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia*”. Otras constituciones provinciales también establecieron disposiciones en la materia.

⁴ En el derecho extranjero, por citar algunos casos, la responsabilidad estatal se reconoció mediante la sanción de diversas leyes. En ese sentido, en el Reino Unido con la *Crown Proceeding Act* de 1947; en Estados Unidos con la *Federal Tort Claims Act* de 1946; en el Reino de España, a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Por su parte, en Francia, el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración se debió, fundamentalmente, al trabajo de la jurisprudencia del Consejo de Estado que la reconoció por primera vez en el arrêt “Blanco” de 1873.

indemandabilidad de aquel. De tal modo, un Estado que no se podía demandar, lógicamente, no respondía.

En aquellos tiempos, basados en la máxima inglesa *the king can do no wrong*⁵, la Administración no era responsable por los perjuicios derivados de sus actos. Aquel dogma se había afincado en la noción de inmunidad del soberano y una particular interpretación del artículo 100 de la Constitución Nacional originaria con su reforma de 1860 que determinaba que el Estado solo podía ser parte demandante en un litigio⁶.

Otra base de aquella regla de la irresponsabilidad se asentaba la teoría de la doble personalidad del Estado que imperaba en aquel momento histórico. Bajo esa premisa había que atender a si el actuar estatal era considerado un acto de imperio (*jure imperii*) o un acto de gestión (*jure gestionis*) y, sólo en el último caso, se podía acudir a las normas del Código Civil que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimientos contractuales⁷. No obstante, la responsabilidad extracontractual por actos de gestión era rechazada con sostén en la interpretación del artículo 43 del Código Civil que postulaba que las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes⁸.

⁵ Traducida al español: "El Rey no puede hacer daño".

⁶ La cuestión fue planteada en el debate parlamentario que derivó en la sanción de la ley 48. Allí se discutió si cuando el artículo 100 de la Constitución Nacional, destinado a las atribuciones del Poder Judicial, aludía "a los asuntos en que la Nación sea parte", debía interpretarse que se trataba exclusivamente de parte actora o, si bien, no cabía efectuar tal distinción. Se propuso, incluso, postular que la alusión era únicamente para cuando el Estado actuara como parte actora pero, finalmente, se prescindió de tal aclaración y se dispuso encomendar a la interpretación de la norma a la jurisprudencia. V. HUTCHINSON, Tomás y AAVV. Derecho Administrativo. Tratado Jurisprudencia y Doctrinario. Tomo I. Volumen 7. La Ley. 2013.

⁷ PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. La Ley. 2016. p. 13

⁸ El artículo 43 del Código Civil, sancionado por la ley 340, establecía: "*No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*".

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostuvo estas posiciones y negó la demandabilidad del Estado Nacional durante este período⁹.

De tal modo, capitulando en esta etapa, se puede afirmar que el Estado Nacional era irresponsable por los daños que pudiera causar en su actuación extracontractual.

II.b. Segunda etapa: la venia legislativa previa

El Congreso Nacional estableció en 1874, a través de la Ley Nacional N° 675, que las demandas contra el Estado requerían previa autorización legislativa¹⁰ dado que, como se refirió

⁹ El máximo tribunal se pronunció en 1864 en la causa “Vicente Seste y Antonio Seguich” (Fallos 1:317) realizó una interpretación del artículo 100 de la Constitución en el sentido que el Estado solo podría ser parte demandante. Sostuvo allí que Gobierno de la Nación no puede ser demandado sin su consentimiento ante los Tribunales Nacionales. Dos años más tarde, resolvió la causa “Gómez, Juan Carlos” (Fallos 2:36) en la que reafirmó la indemandabilidad del Estado Nacional pero, más allá de ello, señaló que “los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo 67, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallaran sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación”. Desde ese momento se comenzó a entender que era el Congreso quien debía resolver expresamente los reclamos y se dictaron muchas leyes determinando si se debía o no pagar lo peticionado (las leyes 87, 145, 161, 162, 221, 222 y 223, por solo citar algunas como ejemplo).

¹⁰ Agustín GORDILLO advierte sobre las inconsistencias teóricas de nuestra jurisprudencia en la evolución de la responsabilidad del Estado. Señala al respecto que: “Benites y Cía., t. 1, p. 309 (1864), se admitió que fuera constitucional una ley que autorizaba apelar de las resoluciones de la Aduana ante la Justicia, lo que niega que la ‘indemandabilidad’ del Estado sea de índole constitucional; en la causa Domingo Mendoza, t. 1, p. 485 (1865), la Corte Suprema refuta ampliamente sus propios argumentos del fallo Seste y Seguich, al declarar que la teoría es inaplicable a las provincias; pero en Juan Carlos Gómez, t. 2, p. 36, refirma la falta de jurisdicción de los tribunales respecto de la Nación, y afirma que el Congreso debe decidir esos reclamos, facultado como está por la Constitución para arreglar el pago de la deuda pública; es de mencionar que este fallo dice que el Congreso debe resolver el reclamo y no, como a veces se afirma, que debía pedirse venia legislativa para demandar: Esta curiosa institución nace posteriormente. Todavía no ha nacido en esta época, pues, el problema de la venia legislativa; esto se advierte particularmente en el fallo Don Anselmo Núñez, 12: 227 (1872), donde la Corte afirma expresamente que para demandar ‘al Poder Ejecutivo’ se requiere ‘su expreso consentimiento’. De esta forma, en la primera jurisprudencia, el Congreso podía decidir directamente el reclamo, mandando pagar lo reclamado o rechazándolo; o podía el

anteriormente, se entendía en aquellos tiempos que aquel solo podía ser “parte actora” pero no podía ser “parte demandada” en juicio.

Aquella norma, en síntesis, determinó que sólo se podía demandar al Estado Nacional si previamente se le había requerido el Congreso nacional el dictado de la ley que autorizase la demanda judicial en cada caso particular.

II.c. Tercera etapa: la Ley de Demandas contra la Nación

El Congreso Nacional sancionó, en el año 1900, la Ley de Demandas contra Nación (N° 3.952) que terminó por eliminar el requisito de la venia legislativa previa¹¹. En este sentido, la situación se morigeró, por cuanto, se estableció expresamente la posibilidad de demandar al Estado Nacional siempre que, previo a la promoción del litigio, se haya efectuado un reclamo administrativo por aquello que se pretendía exigir judicialmente.

Esta norma, no obstante, fue objeto de una interpretación restrictiva que postulaba que únicamente era aplicable en los casos en que el Estado actuara como “persona jurídica”, es decir, bajo un régimen de derecho privado y excluyendo su previsiones para casos en los que actuara como “persona de derecho público o poder público”¹².

Poder Ejecutivo consentir a ser demandado y someterse voluntariamente a la decisión de los tribunales” (Véase Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Fundación Derecho Administrativo. Cap. X. Disponible en línea).

¹¹ La norma disponía, en su artículo 1, “*Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste*”.

¹² Véase HUTCHINSON, Tomás. Cit. p. 7 y PERRINO, Pablo. Cit. p. 13. Por su parte, Agustín Gordillo recuerda que en “*el fallo Sociedad Protectora de Animales, 96: 336 (1902), la Corte Suprema declaró: ‘Que el artículo 1 de la ley 3952, que el actor invoca, se refiere, según sus propios términos, a las demandas contra la Nación, en su carácter de persona jurídica’. ‘Que la Nación, en este carácter es la persona que figura en el artículo 33 del Código Civil y para los fines en el mismo Código establecidos, o sea, para adquirir derechos o contraer obligaciones, de las*

II.d. Cuarta etapa: admisión de la demandabilidad plena

Este periodo se abre en 1932 cuando el Congreso Nacional reforma la precitada Ley de Demandas contra la Nación, a través de la ley 11.634¹³, poniendo fin al principio de la doble personalidad del Estado y se admite la demandabilidad estatal, en su actuar tanto como particular o como poder público. No obstante, el requisito de la reclamación administrativa previa se mantuvo en la referida legislación –cuya vigencia aún perdura– como una exigencia previa a la demanda judicial.

Un año más tarde, 1933, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el fallo Tomás Devoto donde reconoció, por primera vez en el derecho argentino, la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional.

II.d.1. Desarrollo jurisprudencial

Posicionados en esta cuarta etapa, corresponde efectuar una reseña de los precedentes que marcaron el camino en el reconocimiento y delineación de la fisonomía de la responsabilidad extracontractual del Estado.

II.d.1.1. El fallo “Tomás Devoto”

La firma “Tomás Devoto” era arrendataria de un campo, llamado “San Isidro”, en la localidad de Ceibas, Departamento

que forman materia propia de la ley común;’ es decir, que sólo podía demandarse al Estado sin previa venia legislativa, cumpliendo a su vez, el previo reclamo administrativo, cuando la cuestión era “del dominio del derecho civil”. (P. 346.) Posteriormente, en la causa de la Compañía Liquidadora de la Exposición Continental, 100: 280 (1904) y en Sepp, 100: 103 (1904), la Corte Suprema fundamentó su distinción pura y exclusivamente en los antecedentes parlamentarios y la discusión en el Congreso” (Véase Tratado de Derecho Administrativo. Cit. Tomo V. Nota. 12. Disponible en línea).

¹³ La referida norma modificó la ley 3.952 y estableció, en su artículo 1, “*Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste*”.

de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, en el que llevaba adelante la actividad agropecuaria. En dichos terrenos se constituyó una cuadrilla de “guardahilos”¹⁴, empleados del Telégrafo Nacional, destinado a reparar líneas telegráficas averiadas que atravesaban la zona. Una fatal combinación desataría un incendio devastador en aquella finca.

Las “*chispas desprendidas de un brasero deficiente*”¹⁵ que utilizaban los empleados del Telégrafo, sin atentas precauciones, en un terreno cubierto de pasto seco desataron un siniestro en aquellas tierras que provocó importantes daños y su inutilización temporal a los fines de la explotación agropecuaria que la firma Tomás Devoto practicaba. Ante ello, demandó al Estado Nacional.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶ y ésta reconoció por primera vez la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷. Juzgó que “*el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado*”.

La Corte se basó en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil como fuentes de derecho para resolver el caso¹⁸. En ese sentido, consideró un factor de atribución subjetivo –culpa o

¹⁴ Se llamaba así a los hombres encargados de controlar y reparar las averías en las líneas telegráficas.

¹⁵ La frase, utilizada en el título de este trabajo, la consignó la propia Corte Suprema en los considerandos de su fallo para reseñar los hechos del caso.

¹⁶ El Juez Federal de Primera Instancia había rechazado la acción y la Cámara Federal de la Capital Federal, por mayoría, hizo lugar a la demanda de la firma Tomás Devoto.

¹⁷ Fallos: 169:111.

¹⁸ El artículo 1109 del Código Civil disponía: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

El artículo 1113 del Código Civil, entonces vigente, mandaba “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”.

negligencia– en las acciones de los agentes que, debido a su dependencia, hacer responder al Estado Nacional en forma indirecta.

Este fallo marcó un trascendente hito y el comienzo de una larga saga de desarrollo pretoriano de la responsabilidad del Estado en nuestro derecho. Un comentario señero a aquel precedente lo hizo un jurista de nota como Rafael Bielsa, en el que efectuó una precisa crítica en la que destacó que las normas del Código Civil eran inaplicables al Estado Nacional y que éste no podía considerarse responsable, actuando como poder público, hasta que una ley especial así lo determinara¹⁹.

II.d.1.2. El fallo “Ferrocarril Oeste”

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento pueden sintetizarse así: la entrega de un certificado de dominio defectuoso, por parte del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, provocó que Ferrocarril Oeste comprara un terreno, ubicado en el partido de Morón, a quien no era ya su dueño y, posteriormente, perdiera un juicio de reivindicación en manos de su legítimo propietario. Finalmente, el Ferrocarril compró por segunda vez aquel inmueble, esta vez sí de su titular dominial, pero dedujo una demanda judicial contra el Estado Provincial por los daños sufridos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, conoció en la causa, se basó en los artículos 1112²⁰ y 1113 del Código Civil para decidir la cuestión y fue el primer

El tribunal eludió toda mención al entonces vigente artículo 43 del Código Civil que, como se dijo anteriormente, había sido utilizado para fundar posiciones de irresponsabilidad estatal.

¹⁹ Nos referimos al trabajo de BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 43-416/420. Allí sostenía que la culpa del funcionario está establecida expresamente en el Código Civil (Art. 1112) pero la responsabilidad del funcionario no es, según ese cuerpo normativo, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública.

²⁰ Artículo 1.112 del Código Civil, entonces vigente, preveía: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una

precedente que acudió al concepto de “falta de servicio”²¹. En este sentido, consideró que *“quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (...) Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y de equidad, debe tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que la impida”*²².

De ese modo, señaló que *“habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata”*²³.

En tales términos, el máximo tribunal resolvió que la Provincia de Buenos Aires reintegre a la empresa del Ferrocarril la suma correspondiente que pagó al reivindicante del terreno para recuperar la propiedad, con más los intereses legales desde la notificación de la demanda.

Es así que este precedente, donde se consideró como factor de atribución a la “falta de servicio” y una responsabilidad del

manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

²¹ LAMOGLIA, Carlos Marcelo. “La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal” en Revista IUSTITIA. Universidad Santo Tomás. Colombia. Disponible en línea. Ahora bien, la noción de “falta de servicio” la hemos adoptado del derecho francés y nuestra jurisprudencia la colocó —creativamente— en el artículo 1112 del Código Civil que, originalmente, fue previsto exclusivamente para regular la responsabilidad de los funcionarios públicos. Además, es innegable la influencia en la construcción teórica del instituto en la Argentina del emblemático arrêt “Blanco” del Tribunal de Controversias francés de 1873, reafirmado en el arrêt “Rotschild” de 1955, en cuanto a que la responsabilidad estatal se gobierna por reglas propias del derecho público.

²² Fallos: 182:5.

²³ Postula Leandro FERREYRA que el máximo tribunal “abordó la culpa con una presunción en base al tipo de actividad involucrada (la expedición de un certificado, calificada como servicio o función monopolizada)”. Véase “Responsabilidad del Estado: entre el derecho común y el derecho local”. Derecho Público N° 8. Infojus. 2014. p. 191

Estado de tipo indirecto, constituyó otro importantísimo escalón de la saga, dado que le imprimió un claro enfoque iuspublicista al instituto de estudio²⁴.

II.d.1.3. El fallo “Vadell”

En los hechos se trató, nuevamente, de un error en el obrar del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires al informar sobre el dominio de inmuebles.

La Corte Suprema, en este caso, se basó exclusivamente en el artículo 1112 del Código Civil²⁵, puesto que interpretó que la responsabilidad es objetiva y directa en tanto que los funcionarios son órganos del Estado y, por ende, el obrar de ellos es equivalente al obrar estatal.

Bajo tales extremos, si el servicio funciona en forma irregular y se materializa el daño, se pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público.

El máximo tribunal precisó allí que *“esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad ‘por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no*

²⁴ Aquí la Corte Suprema, refiriéndose al servicio registral del Estado, señaló: “*Que, cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado, o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y, siendo así, la invocación del art. 43 del cód. civil no es pertinente*”. Bajo esa pauta, claro está, enmarcó el caso en el plano del derecho público.

²⁵ Aquí es importante resaltar la advertencia de Tomás HUTCHINSON en cuanto a que Vélez Sarsfield no legisló sobre responsabilidad del Estado y que el artículo 1112 del Código Civil —hoy derogado— no es una norma de derecho público. Dijo así: “*que se haya extraído de ella la responsabilidad del Estado, a partir de una larga evolución jurisprudencial y doctrinaria no la convierte en una norma de derecho público. Lo que ha ocurrido es que la Corte Suprema ha entendido que la doctrina de la falta de servicio resulta aplicable acudiendo por vía subsidiaria (debió decir analógica) al art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por ‘los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas’*” (Véase HUTCHINSON, Tomás, Cit. p. 85)

cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”²⁶.

La Corte Suprema a través de esta decisión, que concluyó por hacer lugar parcialmente a la demanda de Jorge Vadell contra del Estado de la Provincia de Buenos Aires, constituyó un hito culminante del desarrollo jurisprudencial del instituto que trazó la fisonomía que, posteriormente, consagraría el Congreso Nacional.

A modo esquemático de la línea conceptual que aquellos tres precedentes trazaron, se puede graficar en estos términos:

PRECEDENTE	FUENTE NORMATIVA	TIPO DE RESPONSABILIDAD
Devoto (1933)	Arts. 1109 y 1113 del Código Civil	Indirecta y con factor de atribución subjetivo
Ferrocarril Oeste (1938)	Arts. 1112 y 1113 del Código Civil	Indirecta y con un factor de atribución en la “falta de servicio” (con base subjetiva en una presunción de culpa)
Vadell (1984)	Art. 1112 del Código Civil	Directa y con un factor de atribución en la “falta de servicio” (objetivo)

II.e. Quinta etapa: La Ley de Responsabilidad del Estado

En el marco del proceso de reforma de la legislación común, los redactores del Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado²⁷ incluyeron entre sus cláusulas aspectos destinados directamente a regular la responsabilidad del Estado²⁸ pero el Poder Ejecutivo Nacional modificó dichas previsiones en el refe-

²⁶ Fallos: 306:2030.

²⁷ El Poder Ejecutivo Nacional dispuso, por Decreto 191/2011, la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación y integrada con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, quien actuó como Presidente, y Elena HIGHTON DE NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI.

²⁸ Artículos 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado que la Comisión le entregó al Poder Ejecutivo Nacional.

rido cuerpo y, en noviembre del 2013, envió al Congreso de la Nación un proyecto de ley destinado exclusivamente a regular el instituto²⁹.

Aquella iniciativa consignó, entre sus fundamentos, que se trata de *“un verdadero hito en la historia jurídica del país en tanto permite transitar del actual régimen jurisprudencial a otro de base legal”* y señaló la importancia de una legislación específica dado que como *“cuestión propia del derecho administrativo, la regulación particularizada de la responsabilidad del Estado a través de normas y reglas propias de esa disciplina responde a la autonomía adquirida por esa materia respecto al derecho privado”*³⁰.

El proyecto fue tratado en el Congreso de la Nación en 2014. Fue aprobado en Diputados –por 129 votos a favor, 105 en contra y 2 abstenciones–, mientras que la cámara alta –por 38 votos afirmativos frente a 23 negativos– lo convirtió definitivamente en la ley que lleva el número 26.944.

La sanción de esta norma constituyó un avance en el campo del derecho federal administrativo dado que, por primera vez en su historia, se consagró una herramienta legal que estableció en forma integral las principales previsiones sobre el instituto.

En ese marco, se plasmó al derecho positivo años de avance jurisprudencial en la materia y, a su vez, el legislador fijó posición en torno a algunas controversias doctrinarias y jurisprudenciales³¹.

²⁹ Por medio del Mensaje 1780 se elevó al Parlamento el proyecto de ley de Responsabilidad del Estado e ingreso, por Mesa de Entradas de Diputados, el día 12 de noviembre de 2013.

³⁰ Véase los fundamentos de la iniciativa.

³¹ Por ejemplo el alcance del *quantum* indemnizatorio en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Sabido es que un sector de la doctrina ha planteado que al existir la ausencia de una norma propia corresponde la analogía con las disposiciones del Código Civil y por lo tanto, bajo ese razonamiento, la indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Son representantes de esta posición los profesores Rodolfo BARRA, Juan Carlos CASSAGNE y Alberto B. BIANCHI. Otro sector de la doctrina, con el cual coincidimos, postula la analogía con los principios derivados de una norma propia del derecho público, en

III. El régimen legal vigente

En lo que sigue, en forma sintética, daremos cuenta de las principales previsiones contenidas en la Ley de Responsabilidad del Estado.

Se podrá apreciar, en esta somera reseña, la forma en que determinados hitos históricos en torno al instituto fueron consagrados en la letra de la ley por parte del Congreso de la Nación.

III.a. El objeto de la norma

Desde los inicios de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad del Estado, como se refirió anteriormente, las bases de la misma habían sido de creación pretoriana, debido a que el legislador no había realizado una la regulación general de la materia³².

Esta circunstancia cambió, en julio del 2014, cuando el Congreso Nacional sancionó la ley 26.944³³ que vino a legislar especialmente sobre esta materia, definiendo en qué casos el Estado se encontrará obligado a responder y fijando posición en diversos tópicos que motivaban acalorados debates doctrinarios y jurisprudenciales.

El criterio del legislador terminó por consagrar un enfoque administrativista y no civilista³⁴ con relación a la responsabilidad

concreto, con la Ley de Expropiaciones y, bajo esta corriente, la indemnización sólo comprende el daño emergente. Representan esta posición los profesores Miguel S. MARIENHOFF, Julio COMADIRA, María Graciela REIRIZ y Tomás HUTCHINSON.

³² Independientemente de ciertos asuntos puntuales, como por ejemplo las referencias en ciertas constituciones locales a la responsabilidad por error judicial o la Ley de Telecomunicaciones en su art 45 quater, que prevé la responsabilidad por la intervención de telecomunicaciones y la obtención de datos personales por los prestadores del servicio

³³ Publicada en el Boletín Oficial del 8 de agosto de 2014.

³⁴ El propio artículo 3 de la ley 26.944, en su artículo 3, dispone: “*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”. Por su parte, el artículo 1764 del Código Civil y Comercial establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “*no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*”. Ello, cabe subrayar, no descarta la aplicación analógica de las

del Estado. Asimismo, atendiendo al carácter local del instituto³⁵, debido al modelo federal que nuestro país adoptó con la Constitución Nación, las provincias tienen competencia para legislar la responsabilidad del Estado en sus propios ámbitos y ello fue asumido, a través del artículo 11 de la ley 26.944, que invitó a dichos Estados a adherir a los términos de esa norma para la regulación en sus respectivas jurisdicciones.

La referida norma, en cuanto a su específico objeto, legisla sobre un tipo de responsabilidad estatal: la extracontractual. En tanto que la responsabilidad contractual del Estado, precisa el artículo 10 de la ley 26.944, *“se rige por lo dispuesto en las normas específicas...”*, dejando sentado asimismo que en caso de ausencia de regulación, la ley opera de manera supletoria.

De esta forma, la norma prevé la obligación del Estado de responder frente a los daños que provoque con motivo de su accionar extracontractual lícito o ilícito (delineando los requisitos en cada uno de estos casos), ya sea que se trate del ejercicio de actividad administrativa, legislativa o judicial³⁶. Asimismo, entre sus previsiones, también se establecen los eximentes para la procedencia de esta responsabilidad, se sientan pautas relativas de la indemnización, los plazos de prescripción, la responsabilidad de los funcionarios públicos³⁷, de los contratistas y concesionarios de servicios públicos.

normas civiles al derecho administrativo con la pauta trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ganadera Los Lagos” (1941, Fallos: 190:142), es decir, frente a la ausencia de normas específicas de derecho público se puede aplicar, analógicamente, normas del derecho civil al derecho administrativo mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público. (Véase, en este mismo sentido, SAMMARTINO, Patricio Marcelo. “Responsabilidad del Estado. Características generales del sistema legal vigente. Disponible en línea).

³⁵ En este sentido, debe mencionarse que el carácter local de la responsabilidad del Estado fue subrayado por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Barreto Alberto c/ Provincia de Buenos Aires” en 2006. Véase Fallos: 329:759.

³⁶ En el caso de daños ocasionados por actividad judicial legítima, el proyecto de ley niega el derecho a indemnización (Véase en el artículo 5 in fine).

³⁷ La responsabilidad de los funcionarios públicos existe desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield que la contempló en el memorable artículo 1112. La ley 26.944 prácticamente

Cabe señalar que el proyecto cristalizó, al menos en su mayor parte, los criterios jurisprudenciales sobre los distintos tipos de responsabilidad (lícita e ilícita; judicial, legislativa y administrativa), siguiendo en líneas generales, las directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el estado actual de sus sentencias.

III. b. El alcance de la indemnización

La indemnización para los casos de responsabilidad estatal por actividad ilegítima se rige por el criterio de la reparación integral y no genera controversia alguna, por el contrario, los casos responsabilidad estatal por actividad legítima fue siempre un tema arduamente debatido, tanto en el ámbito doctrinario como en las decisiones de los tribunales argentinos.

Dentro de la profusa jurisprudencia del máximo tribunal argentino dedicada a este punto pueden encontrarse significativos precedentes, admitiendo la procedencia del daño emergente y el lucro cesante (entre ellos, los fallos “Sánchez Granel”³⁸, “Jucalán Forestal”³⁹ y “El Jacarandá S.A.”⁴⁰), como negando la admisibilidad de este último (“Corporación Inversora Los Pinos”⁴¹, “Cantón”⁴² y “Motor Once”⁴³).

reprodujo aquellos términos del codificador en su artículo 9. La referida previsión determina para que exista responsabilidad del funcionario y agentes públicos una previa relación de empleo público, con un actuar antijurídico o irregular en la función asignada —con base en la normativa aplicable— y que a su vez haya sido materializado de manera culposa o dolosa. Los daños, necesariamente, deben ser ciertos y consecuencia de ese obrar antijurídico que la legislación así consigna. La responsabilidad del funcionario, a diferencia de la del Estado, es de carácter subjetivo.

³⁸ Sánchez Granel c/ Dirección Nacional de Vialidad, Fallos, 306:1409 (1984).

³⁹ Jucalán Forestal S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos, 312:2269 (1989).

⁴⁰ El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional. Fallos, 328:2654 (2005), en el cual la procedencia del lucro cesante se reconoce *obiter dictum*, a pesar de que finalmente no resultó procedente debido a la falta de prueba.

⁴¹ Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ MCBA, Fallos, 293:617 (1975).

⁴² Cantón Mario Elbio c/ Gobierno Nacional, Fallos, 301:403 (1979).

⁴³ Motor Once S.A. c/ MCBA, Fallos, 310:943 (1987).

En función de lo anterior, se observa que la jurisprudencia no ha sido pacífica en cuanto a esta cuestión. *“Ha habido sentencias que admitieron la indemnización integral, y otras que la negaron, en contextos muy particulares que impedirían tanto generalizar las soluciones de cada fallo, como comparar los pronunciamientos, de manera que no sería posible extraer conclusiones definitivas o concluyentes. De hecho, las soluciones no sólo encontraron varias veces tribunales divididos en la votación sino que, además, en algunos casos propugnaron una solución general del tema, mientras que en otros supuestos se enfatizó el estar frente a causas de ribetes excepcionales, lo que impediría propagar a otros casos los criterios adoptados...”*⁴⁴.

Desde la perspectiva doctrinaria, tomando como punto de partida el artículo 17 de la Constitución Nacional en cuanto a la protección de la propiedad privada y la procedencia de reparación frente a la actividad estatal lícita que afecte éste derecho, se han delineado distintas posturas para definir en qué consiste y cómo debe ser tal compensación.

Algunos autores han fundado sus teorías en normas del derecho privado, al sostener que, en ausencia de previsión normativa específica, deben aplicarse por analogía disposiciones pertinentes del Código Civil. Al mismo tiempo, para otro sector doctrinario la regla de la analogía debe aplicarse, justamente, respecto de una ley de derecho público, empleando así los principios que se encuentran en la Ley de Expropiaciones, entre otras⁴⁵.

Claramente, cada una de las posturas concluye en una solución distinta: la indemnización del daño emergente más el lucro cesante en el primer caso, la reparación únicamente del daño emergente en el segundo.

Lo cierto es que, más allá de la valoración que se haga respecto de la solución consagrada en la ley, a través del mismo

⁴⁴ CAPUTI, Claudia, La Responsabilidad del Estado en Argentina. Una reseña panorámica de sus principales cuestiones en la actualidad. Disponible en línea.

⁴⁵ Decreto 1023/2001, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y Ley de Defensa Nacional 23.554, en materia de requisiciones. (Art. 35).

se ha intentado resolver las controversias en torno a esta discusión, estableciendo que *“En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”, y la “indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima, comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad estatal, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”*⁴⁶.

De esta manera, con la pretensión de aportar una solución definitiva al tema en debate, la Ley de Responsabilidad del Estado estableció, en torno a la alcance de la reparación por los daños causados por actividad estatal lícita, un criterio análogo al establecido en la ley de expropiaciones⁴⁷, en el decreto que regula el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y en la Ley de Defensa Nacional en sus previsiones respecto de requisiciones efectuadas por el Estado Nacional.

III.c. Daños causados por la actividad judicial legítima del Estado

En relación a este punto, la ley continuó con la jurisprudencia imperante en la materia, al señalar que *“los daños causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización”*⁴⁸.

Cabe destacar, en este punto, que la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, ha sido considerada históricamente de carácter excepcional.

En tal sentido, luego de un largo devenir, la Corte Suprema ha aceptado la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando actúa en ejercicio de la función judicial en aquellos casos en que existan:

Vicios *in iudicando* o errores en el juzgamiento: son los casos en los que la sentencia que pone fin al proceso es injusta

⁴⁶ Véase artículo 5, primer y segundo párrafo de la ley 26.944.

⁴⁷ Decreto Ley 21.499, 17/1/1977.

⁴⁸ Véase en el artículo 5 in fine de la ley 26.944.

dado que, de no haber mediado el error, la sentencia tendría un contenido distinto⁴⁹.

Vicios *in procedendo* o errores en el procedimiento: son los casos en que el daño proviene de una resolución dictada durante la sustanciación del proceso. A través del reconocimiento jurisprudencial del deber de indemnizar frente a este tipo de errores se amplía la responsabilidad por actividad judicial, (aunque en forma limitada), aplicando como fundamento el concepto de falta de servicio (habitualmente referido a la actividad administrativa)⁵⁰.

Nuestros tribunales consideran que la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad jurisdiccional sólo se presenta en aquellos casos en que se configure una conducta ilegítima, ilícita o irregular, habiendo manifestando reiteradamente que *“los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”*⁵¹.

Un paso adelante en la temática, se ha visto en los últimos años (y en función principalmente, de la incorporación a nuestro derecho de distintos tratados internacionales⁵²), en el reconocimiento de indemnización por los casos de prisión preventiva prolongada o de dilación excesiva de los procesos judiciales⁵³. Sin embargo, el texto de la Ley de Responsabilidad

⁴⁹ Los requisitos para la configuración del error judicial fueron señalados por la Corte por primera vez en la causa “Vignoni, Antonio c/ Estado Nacional”, Fallos, 311:1007 (1988).

⁵⁰ Fallos representativos de este tipo responsabilidad son: “Videla Cuello, Marcelo c/ Provincia de LA Rioja”, Fallos, 312:316, (1989) y “De Gandía, Beatriz”, Fallos, 318:845, (1995).

⁵¹ “Balda, Miguel c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Fallos, 318:1990, (1995); “Román SAC c/ Estado Nacional s/ Cobro de Pesos”, Fallos 317:1233, (1994).

⁵² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), entre otros.

⁵³ “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, Fallos, 322:2683, (1999); “Poggio, Oscar Roberto c/ Estado Nacional s/ Daños”, (8/11/2011).

del Estado no consagró ninguna previsión específica dedicada a esta extendida problemática.

III.d. Responsabilidad de los contratistas y concesionarios

La norma señala, en su artículo 6, que *“el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”*.

De este modo, establece que en aquellos casos en que la actividad desarrollada por los concesionarios y contratistas de servicios públicos ocasione daños a los particulares, no será el Estado quien deba hacerse cargo del resarcimiento por perjuicio producido.

De los debates legislativos surge que esto ha sido resuelto así⁵⁴ debido a que dichos concesionarios y contratistas no son cuadros de la administración y además, obtienen un lucro con el desempeño del servicio de que se trate, asumiendo por ende el riesgo de reparar los daños que produzcan en el desempeño de la función encomendada.

Este artículo ha sido censurado por diversos dirigentes políticos y doctrinarios, al señalar que el Estado podría, con esta regulación, evadir su responsabilidad en aquellos casos en que, habiendo incumplido su obligación de vigilar y controlar a los concesionarios y contratistas de servicios públicos en la prestación de los mismos, se haya producido un daño a los particulares. De tal posibilidad derivaría el perjuicio irremediable a las víctimas, quienes probablemente se encuentren frente a concesionarios insolventes y un Estado irresponsable, que evade el ejercicio de su poder de policía estatal, amparado en el dispositivo legal.

Es nuestro entender que, si el Estado seleccionara de manera fraudulenta al concesionario/contratista o no controlara

⁵⁴ Orden del día 2.704, manifestaciones de la Diputada Diana CONTI.

en forma diligente la actividad desempeñada por el mismo, la ley no obstruye de ninguna manera la posibilidad de hacerlo responder por esa culpa en la medida que corresponda.

Lo que la norma intenta es evitar que el Estado sea socio de las pérdidas de los concesionarios, lo cual resulta, por otra parte, una cláusula universalmente extendida en los contratos de concesión.

Por todo lo expuesto, consideramos que la previsión legislativa no conlleva la imposibilidad de demandar al Estado en aquellos casos en que se intente atribuirle responsabilidad, demostrando la inobservancia del deber de control y el nexo de causalidad entre ésta y el daño causado.

IV. Corolario

Esta exagerada reseña se ha propuesto, a fines netamente propedéuticos, recorrer el camino histórico que llevó desde las nociones de irresponsabilidad a la responsabilidad del Estado Nacional. Asimismo, hemos podido narrar el tránsito desde una etapa jurisprudencial hacia otra de corte legal en la construcción del instituto.

Los límites que le hemos trazado a este trabajo conspiran contra un desarrollo pormenorizado de este devenir que, desde luego, requiere de exhaustivas investigaciones que se detengan en todas las particularidades de este largo proceso. En tal sentido, existen profusos estudios sobre el instituto en la literatura jurídica a los que, a modo de disculpas, cabe remitir al lector ávido de mayores indagaciones.

Bajo tales pautas, a los fines de estudios iniciales, esperamos que estas líneas sean un aporte más a la enseñanza de este instituto central para la vida de todos los ciudadanos en la República Argentina.